

SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS RELATIVOS A LA FALTA DE TAXATIVIDAD EN LAS NORMAS DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

1. Si en no pocas ocasiones, y por diferentes motivos, resulta obligado criticar la redacción del Código Penal español por incurrir en falta de taxatividad —tanto en lo referente a las figuras delictivas como con relación a la determinación de la pena—, la situación alcanza lo esperpéntico en el caso del llamado «Estatuto del Tribunal Penal Internacional»¹. En efecto, comenzando por los problemas de falta de determinación de la pena, hay que aludir, en primer lugar, al artículo 77 del «Estatuto», que posee el siguiente tenor:

Penas aplicables:

1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto, una de las penas siguientes:

a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años.

b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Si se quiere un claro ejemplo de violación grosera del Principio de Legalidad aquí hay uno², ya que nos encontramos ante un supuesto no sólo de penas

¹ Hecho en Roma el 17 de julio de 1998, y cuya autorización para ser ratificado fue otorgada por Las Cortes mediante la LO 6/2000, de 4 de octubre —Instrumento de Ratificación de 7 de mayo de 2002—.

² Esto ha sido denunciado por muchos autores de muy diversas nacionalidades —no sólo en referencia a la determinación de la pena sino también en lo que importa a las descripciones típicas—; sirva por todos lo expuesto para América Latina en AMBOS, K., *et. al.*, *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, 2006, en referencia a: Argentina (PARENTI, P. F., pp. 60 y 73 ss.); Brasil (IBCCRIM, pp. 143 ss.); Chile

indeterminadas sino ante la confección de tipos agravados por concurrencia de circunstancias («extrema gravedad») que no se hallan suficientemente precisadas³ (y que suponen, nada más y nada menos, que la imposición de una sanción de reclusión perpetua, pena que, por cierto, puede provocar problemas claros de compatibilidad con el artículo 25.2 CE⁴)⁵.

(GUZMÁN DALBORA, p. 185); Costa Rica (HERNÁNDEZ BALMACEDA, p. 235); Ecuador (HERENCIA CARRASCO, p. 268); El Salvador (MARTÍNEZ VENTURA, p. 295); México (NERI GUAJARDO, pp. 328 ss.); Paraguay (MONTAÑA CIBILS, pp. 359 ss.); Uruguay (GALAIN PALERMO, pp. 423 ss.); Venezuela (SAN MIGUEL, pp. 457 ss.), etc.

³ Dice NAUCKE —*Derecho Penal. Una introducción* (trad. de la 10.^a ed. alemana por Leonardo Garman Brond), Buenos Aires, 2006, p. 88— que «si la legislación penal es cada vez más incierta, entonces casi forzosamente se pierde la sujeción a la ley».

Desgraciadamente la utilización de expresiones tales como «extrema gravedad» (artículo 366 CP), o «bienes de reconocida utilidad social» (artículo 250.1.1.º CP) u otras vaguedades por el estilo, son cada vez más comunes en nuestro Código Penal; si bien hay que reconocer que en alguna ocasión el legislador ha procurado, aún utilizando expresiones como las referidas, acotarlas mediante interpretación auténtica; es el caso del artículo 370 CP en el cual bien que utilizándose en su párrafo primero, n.º 3.º, la expresión «extrema gravedad», en el párrafo segundo de dicho artículo se incluye una definición —ciertamente que no exenta de problemas— de lo que debe entenderse por «extrema gravedad», con lo que el problema de taxatividad queda, al menos en parte, acotado.

⁴ Véanse en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo: 1.744/1993, de 7 de julio, para la que: «Del mismo modo ha de recordarse la afirmación del art. 15 de la Constitución de que todo ser humano tiene derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, pueda ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes. Nuestro legislador, desterrando la perpetuidad en la imposición de las penas privativas de libertad, y atento a los fines de que se ha hecho mérito, ha concebido el límite de los treinta años, rebajado a los veinte en el Proyecto del Código Penal de 1992 —excepcionalmente de veinticinco y de treinta años para los supuestos que prevé, art. 77—, como tiempo máximo concebible de cumplimiento. No puede conseguirse o resulta muy difícil —afirma la Sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1992— la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del art. 70.2.º, del CP, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el art. 15 de la Constitución (cfr. STC 65/1986, de 22 de mayo)»; 343/2001, de 7 de marzo: «Creemos que el uso debidamente combinado de los mecanismos previstos en la legislación penitenciaria, permiten solucionar la indeseable consecuencia de una pena que, por su extensión, se podría asimilar a la cadena perpetua, lo que chocaría con los principios constitucionales en cuanto que resultaría no sólo inhumana y degradante sino que perdería cualquier posibilidad resocializadora», o 1.607/1998, de 2 de enero: «Los parámetros de rango constitucional avalan el establecimiento de ese máximo: la exigencia de que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social (artículo 25.2) y la proscripción de que en ningún caso pueda alguien ser sometido a penas inhumanas o degradantes que proclama el artículo 15

Pero profundicemos, aunque sea en unos pocos renglones, en las penas previstas por ese artículo 77 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional⁶. Acudamos en primer lugar al contenido de la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración:

«España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española»⁷.

Esto es lo que se denomina una cláusula de «mala conciencia». Es decir, en algún momento el Legislador se ha dado cuenta de que ha admitido una pena —la de reclusión perpetua— que es, obviamente, contraria a nuestro texto constitucional y a toda la legislación derivada (las normas penitenciarias, fundamentalmente y por lo que ahora interesa). A la vista de lo cual se introduce una norma que limita la cooperación de España en la ejecución de

del Texto Constitucional. Ambos serían de difícil o imposible consecución si las penas a sufrir por el condenado llegaran a una exasperación que se alejara de toda proporcionalidad con la duración de la vida humana...», entre otras muchas.

⁵ La explicación de cómo se ha podido llegar a esto es, a veces, sumamente fácil, y se refiere a que, en ocasiones, España no envía a verdaderos especialistas en la materia de que se trate, a las comisiones internacionales que se encargan de elaborar los textos legales que corresponda, puesto que no siempre es deseable que sean expertos en Derecho Internacional los encargados, o los únicos encargados, de discutir los referidos textos, dado su lógico desconocimiento del Derecho Penal. Más aún, debe tenerse en cuenta que la *vis expansiva* del Derecho Anglosajón conduce, a no ser que concurren auténticos entendidos en Derecho Penal Continental en la cita de que se trate, a que en los textos internacionales se acaben reflejando las categorías jurídicas, menos desarrolladas en el ámbito penal sustantivo, anglosajonas.

⁶ Por cierto, no considero apropiada la utilización —en la traducción española— del vocablo «Corte» en lugar de «Tribunal», que es la tradicional y usual para referirse en España al órgano encargado de administrar Justicia. Ciertamente que podría alegarse que el término «Corte», para designar a los Tribunales de Justicia, es el que se emplea en gran parte de las naciones de nuestro entorno cultural —en otras, como América Latina, no—, por lo que pudiera parecer oportuno adoptar dicha terminología y sustituir con ella la propia; pero con el mismo razonamiento deberíamos hacer lo mismo, con términos como «cerveza», dado que en la mayor parte de los países de nuestro entorno el término empleado es «bier» (alemán), «birra» (italiano) o «bière» (francés), sin embargo a nadie se le ocurre semejante insensatez. Dejemos, pues, el término «corte» para designar la «población donde habitualmente reside el soberano», «el conjunto de todas las personas que componen la familia y comitiva del rey», «el establo donde se recoge de noche el ganado», el «corral» o el «aprisco» (Diccionario de la Real Academia), y reservemos la acepción «Tribunal» para designar a los órganos encargados de la Justicia.

⁷ Véase en este mismo sentido el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

las penas impuestas, a aquellos supuestos en los cuales la sanción supera lo admisible en materia de penas privativas de libertad en nuestro Derecho Penal. Es decir: se conculca la Constitución —al admitir la pena de reclusión perpetua— pero sólo «un poco»⁸.

Pero hay más. En efecto, dice la Disposición Adicional referida que la ejecución de las penas privativas de libertad en nuestro país estará sometida «a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española». Habrá, en consecuencia, que determinar cuál sea ese «máximo». En ese sentido no tendría lógica que la referencia fuera hecha, sin más, a la pena abstracta con que se amenaza la conducta más gravemente castigada en el Código Penal, ya que la propia Ley Punitiva, y por la vía de los concursos, autoriza a exceder esos máximos y llevarlos hasta unos límites muy superiores a los previstos como sanción en cada delito en particular. Así, pues, habrá que acudir a lo previsto en los artículos 70.3.1.º, 76.1 y 78 del CP⁹, a la vista

⁸ Debe, en este punto, hacerse notar que el artículo 120 del Estatuto declara que: «No se admitirán reservas al presente Estatuto» [véase al respecto el comentario que formulan CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMER en «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en CEREZO MIR, J. (ed.) *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 124]. Ello viene a poner de nuevo sobre la mesa una vieja cuestión en la negociación de instrumentos jurídicos internacionales, y es la de si la normativa constitucional es de obligada observancia en la actuación internacional de España; pues bien, a la vista de lo preceptuado en el artículo 95 de la Constitución parece que no cabe duda: la contradicción a la Constitución impide integrar normas internacionales en nuestro Ordenamiento Jurídico (debe, sin embargo, hacerse notar que la desgraciada Decisión del Tribunal Constitucional de fecha 13 de diciembre de 2004, arroja sombras sobre lo acabado de afirmar). La conclusión es que España no puede firmar instrumentos que contradigan la Constitución, por más que las relaciones internacionales o los compromisos políticos adquiridos por el Estado pudieran aconsejar otra cosa, por ello la salida únicamente puede consistir —ante la imposibilidad de formular reservas— en propiciar cláusulas como la presente en el artículo 80 del Estatuto, o en la Disposición Adicional Única de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, o en formular ciertas Declaraciones, lo que no ha hecho España. Véase sobre la cuestión, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., *Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2006, pp. 70 ss. y la bibliografía allí citada.

⁹ Por cierto, que la regulación del concurso en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional resulta un auténtico monumento al disparate; véase, para comprobar lo anterior, lo dispuesto en el artículo 78 de la citada norma:

Imposición de la pena.

— Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

— La Corte, al imponer una pena de reclusión, abonará el tiempo que, por orden suya, haya estado detenido el condenado. La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito.

de los cuales se podrá concluir que el «máximo más elevado» al que se refiere la Disposición Adicional Única de la LO 6/2000, de 4 de octubre, es el de cuarenta años.

Pues bien, resulta que una pena de esas dimensiones temporales está severamente cuestionada en nuestra doctrina penal¹⁰; así, se ha dicho —interpre-

— Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de treinta años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1.b) del artículo 77.

Sobre la falta de un criterio claro en la praxis penal internacional por lo que se refiere a la sanción del concurso de delitos, véase WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional* (trad. MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA y otros), Valencia, 2005, pp. 296 ss.

¹⁰ Véase por todos, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad», en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 75 ss., especialmente 85 ss. Recientemente BOLDOVA PASAMAR —en L. GRACIA MARTÍN y otros, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, p. 105— tras plantear, en lo que coincide con la casi totalidad de la doctrina, que «Las penas privativas de libertad de larga duración, con base en sus efectos desocializadores, plantean graves problemas desde varios puntos de vista: desde la humanización de las penas, hasta los derechos de los reclusos, en especial, el respeto debido a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de su personalidad», se pronuncia sobre el espinoso tema de cuál debiera ser el límite máximo de las penas privativas de libertad, y dice así: «..., en nuestro país existe un reconocimiento generalizado por parte de la doctrina científica de que una pena de prisión superior a quince años opera un deterioro considerable de la personalidad del penado» (*op. cit.*, p. 106); en apoyo de esta afirmación cita —actualizo las ediciones e incluyo el texto de la concreta cita— a BARBERO SANTOS, M., «La pena de muerte, problema actual», en *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XXII, n.º 2, 1963-1964, p. 107, «Salvo en los casos de anormales peligrosos, en los que ya no se trataría de pena... [el límite debiera ser] acaso el de doce o quince años, ya que entonces parece que empieza el deterioro mental»; RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General*, 18.^a ed., Madrid, 1995, p. 905 —«una imprescindible reforma es la de reducir el máximo de su duración efectiva, al objeto de no traspasar los límites en que se opera una destrucción espiritual del penado»—; JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. de la 5.^a ed., renovada y ampliada, alemana, de MIGUEL OLMEDO CARDENETE), Granada, 2002 —«... un encarcelamiento indefinido puede conducir a considerables trastornos de la personalidad»—; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 7.^a ed., Barcelona, 2004, p. 681 —«Téngase en cuenta que hoy se considera comprobado que las penas superiores a quince años producen graves daños en la personalidad del recluso, lo que se opone al objetivo de resocialización fijado por el art. 25.2 de la Constitución»—, y CEREZO MIR, J., *Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992. Lección inaugural del Curso académico 1993-94*, Universidad de Zaragoza, s/f, p. 10, e íd. *Curso de Derecho Penal español. Parte General. I. Introducción*, 6.^a ed., 2004, p. 36 —«En la moderna Ciencia del Derecho Penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso»—; a estos autores se pueden añadir otros como GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, F., «Respuestas jurídico-penales a la criminalidad de los menores», en *Revista Penal*, n.º 19, enero de 2007, p. 74 —«... un período de privación de libertad de duración superior a quince años causa tales perjuicios en el sujeto que lo transforman en un

ser irrecuperable para la vida en libertad»—; JORGE BARREIRO, A., «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, II, 1996, p. 335 —«... la criminología moderna ha puesto de manifiesto que las penas privativas de libertad superiores a quince años de duración producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad de condenado»—; MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid, 1996, p. 70 —«Las investigaciones criminológicas apuntan a que la duración de la reclusión no debe superar de forma continuada los quince años. Por encima de ese tiempo comienzan a aparecer graves trastornos en la personalidad, muy difíciles de reparar»—; SANZ MULAS, N., *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Madrid, 2000, p. 220 —«Es por ello que ante todas estas previsiones excepcionales hechas por el Código Penal, y empezando por la propia del art. 36 y su fijación del tope máximo en veinte años, cabe aseverar [...] que, en lo que a este tema se refiere, ha desoído todas las recomendaciones psicológicas y criminológicas en que la moderna ciencia del Derecho Penal se ha apoyado a la hora de aconsejar un límite máximo nunca superior a los quince años de prisión continuada de libertad por el grave deterioro que en la personalidad del recluso supone»—; MAXWELL FYFE, D., «La peine de mort», en *Revue Internationale du Droit Penal*, n.º 2, 1948 —«Por una parte la opinión pública difícilmente admitirá que un asesino sea liberado después de diez o quince años de prisión. Por otra, los expertos estiman que después de diez o quince años de prisión el individuo queda mental y físicamente degradado. Si la reforma debe ser el fin de la detención de los criminales, se sigue al parecer que la prisión real no debiera exceder de una duración de quince años. Se considera que un periodo más largo significa salvar el cuerpo del hombre en detrimento de su espíritu»—; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Ineficaz e inconstitucional», en *El Mundo*, de 13 de septiembre de 2007 —«... la privación perpetua de la libertad provoca en el penado 'daños irreversibles en su personalidad', conduciéndole a su 'destrucción como ser social'»—; etc.

Todas estas citas —y respecto a ese tema ya me he pronunciado en «El nuevo modelo de política criminal», en *Jueces para la Democracia*, n.º 57, noviembre de 2006, p. 28— vienen a cuento de lo siguiente: en ninguna de ellas se justifica, con el apoyo en alguna investigación criminológica, lo que se afirma; es decir, que la estancia continuada durante más de quince años en una prisión, produzca daños irreversibles en la conciencia del sujeto. Esos datos, además, sería difícil aportarlos, y no porque no existan —hay estudios, aunque mayoritariamente antiguos, fundamentalmente en el área anglosajona, véase a este respecto CARRASCO ANDRINO, M. M.ª, «Efectos en la salud de las penas privativas de la libertad de larga duración. Su consideración en el mundo anglosajón», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 59, 2006, en prensa—, sino por la, entiendo, imposibilidad de aplicarlos a distintos sistemas penitenciarios; y ello porque creo que el problema no reside tanto en el tiempo privado de libertad como en el régimen de esa privación, y éste, el régimen, es sensiblemente diferente de unos países a otros, e incluso dentro del mismo país de unos casos a otros. Quiero con esto decir lo siguiente: a nadie se le ocultará que una estancia, incluso de mediana duración —seis u ocho años—, en una prisión centroamericana, brasileña, venezolana, etc., tiene que producir terribles consecuencias sobre la personalidad del interno —si es que éste sobrevive a su estancia en la prisión—; y seguramente se debería decir lo mismo de las prisiones de algún país candidato a integrarse en la Unión Europea —véase Turquía—, y, desde luego, idéntico juicio —sino bastante más duro— hay que efectuar con relación a las prisiones rusas y de algún otro país perteneciente a la antigua URSS —o a China, Marruecos, Israel, y a tantos otros países—. Pero incluso en referencia a países de nuestro ámbito de cultura, las diferencias existentes entre los regímenes penitenciarios impiden una aplicación, al menos automática, de los resultados alcanzados en un determinado país a otro distinto.

tando los artículos 15 y 25.2 CE de acuerdo con las Sentencias dictadas por los Tribunales Constitucional¹¹, Supremo¹² y Europeo de Derechos Humanos¹³— que habrá que considerar «penas inhumanas», y por lo tanto contrarias a los artículos 15 CE y 3 del Convenio de Roma, las penas de reclusión perpetuas y las a ellas asimiladas (es decir las «falsas penas» temporales como la de cuarenta años de reclusión), siempre que por su modalidad de ejecución no admitan una posibilidad real de acortamiento que permita lograr el objetivo de que, a su finalización, espere al condenado una perspectiva razonablemente larga de vida en libertad¹⁴. De la misma forma habrán de considerarse contrarias al artículo 15 aquellas penas que por las circunstancias de su cumplimiento, y con independencia de su duración, impliquen un ataque a la dignidad del penado¹⁵.

En el presente caso no sería posible entender, por excepción, constitucional la pena —ni ajustada a las exigencias del artículo 3 del Convenio de Roma—, por no estar expresamente prevista en el Estatuto una modalidad de ejecución que permita una «posibilidad real de acortamiento» de la misma¹⁶.

¹¹ SSTC 91/2000, de 30 de marzo; 162/2000, de 12 de junio, y 5/2002, de 14 de enero.

¹² SSTs 1.985/1992, de 29 de septiembre; 1.744/1993, de 7 de julio; 557/1996, de 18 de julio; 367/1998, de 31 de marzo; 1.607/1998, de 2 de enero; 722/2000, de 25 de abril; 343/2001, de 7 de marzo, y 1.005/2001, de 31 de mayo.

¹³ STEDH, de 16 de diciembre de 1999, caso *V. c. Reino Unido*.

¹⁴ No resulta inadecuado anotar en este punto que si, como señala LARIZZA («Il principio di legalità della pena», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 1, enero-marzo de 2004, p. 133, nota 39) con la pena de muerte y con la cadena perpetua el Legislador pone de manifiesto su insuperable poder, puesto que con semejantes sanciones se expresa la capacidad del Legislador de suprimir definitivamente de la sociedad a integrantes de la misma, con la exigencia que para la «constitucionalización» de la pena de cadena han impuesto los tribunales se minimiza ese poder absoluto en que se expresa la soberanía en sus formulaciones clásicas, y se invita a los jueces a «compartir» con el Legislador, dentro de ciertos límites, el poder penal.

¹⁵ Resulta interesante a este respecto la STC 2/1987, de 21 de enero, sobre el «aislamiento en celdas»: «No cabe duda que cierto tipo de aislamiento en celdas “negras”, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siempre vedados en los más modernos sistemas penitenciarios».

¹⁶ En este punto debe mencionarse el artículo 110 del Estatuto según el cual:

«Examen de una reducción de la pena.

»El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.

»Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.

»Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.

»Al proceder al examen con arreglo al Párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:

»a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;

»b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas, o,

»c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

»La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba.»

Pues bien, a mi modo de ver no estamos ante un supuesto en el cual pueda hablarse de una «posibilidad real de acortamiento que permita lograr el objetivo de que, a su finalización, espere al condenado una perspectiva razonablemente larga de vida en libertad»; ello es así por lo siguiente:

a) Porque si bien es cierto que el articulado del Estatuto cumple formalmente con la exigencia, que ya expresara ejemplarmente el Tribunal Constitucional Alemán —BverfG NJW 77,1525—, según la cual «el principio del Estado de Derecho exige que los presupuestos bajo los cuales la ejecución de una pena de prisión perpetua pueda ser suspendida y el procedimiento aplicable en tales casos, se encuentren regulados en la ley», no es menos verdad que los citados presupuestos, tal y como son expresados en el artículo 110 del Estatuto, requieren una determinada conducta del sujeto, no con relación al cumplimiento de la pena que a él le fue impuesta o con relación al concreto delito que cometió, sino que depende de su conducta penitenciaria en referencia a otras investigaciones desarrolladas por el Tribunal. Pues bien, si semejante planteamiento —en definitiva los supuestos de los llamados «arrepentidos» o «colaboradores»— es severamente criticable cuando afecta a la medición de la pena, mucho más cuando esa colaboración se impone como condición para poder llegar a obtener una «liberación anticipada», pues no permite al penado —si quiere volver a ser persona, es decir aspirar a volver a vivir libre— mantener su dignidad. Así pues, una posibilidad de acortamiento que implique un atentado a la dignidad del penado no es, en sentido normativo, «una posibilidad real de acortamiento de la pena».

b) Precisamente por lo acabado de exponer las legislaciones de los países que mantienen en su catálogo de penas la privación perpetua de libertad, condicionan el adelantamiento de la liberación bien al «arrepentimiento» del penado respecto a lo por él realizado (artículo 176, I, CP italiano), o la prognosis favorable teniendo en cuenta la personalidad del condenado, sus antecedentes, su conducta durante el cumplimiento, etc., siempre que exigencias de culpabilidad no requieran un ulterior cumplimiento [artículos 57.I y 57.a) CP alemán] y el condenado preste su consentimiento (lo que posee un sentido de compromiso de conducta futura, lo que contribuye a garantizar el éxito de la libertad condicional).

c) En todo caso hay que hacer notar que mientras la posibilidad de liberación anticipada se abre para el condenado a partir de los quince años de privación de libertad en Alemania —lo que es consecuencia de la modificación introducida en el año 1981 en el párrafo 57.a) StGB, mediante la que se alteró el anterior sistema que preveía exclusivamente la posibilidad de la «gracia» a aplicar por el Presidente de la República o los Ministros-Presidentes de los *Länder*, lo que había planteado numerosos problemas de igualdad por los distintos criterios utilizados en los diferentes estados, instituyéndose en su lugar la aplicación de la libertad condicional a quien hubiera expiado efectivamente quince años de privación de libertad—, o de

A pesar de lo acabado de manifestar podría pensarse en otra solución al problema a la vista de lo preceptuado en el artículo 80 del Estatuto:

El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional.
Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. En efecto, la norma transcrita nos formula, y por lo que ahora interesa, los siguientes problemas: *a)* En lo que se refiere al último inciso del precepto (que no existan en la legislación del Estado las penas prescritas en el Estatuto), hay que decir que el problema no se plantea, obviamente, si la referencia la efectuamos a la clase de pena (privativas de libertad); *b)* Tampoco se plantea cuestión en aquellos casos en los que existe una norma nacional que sanciona con una pena determinada —mayor o menor— la conducta de que se trate, pues en ese supuesto se aplica el primer inciso del precepto que viene a ser una norma concursal que determina que en tales eventualidades la legislación preferente es la del Es-

los veintiseis años —en cuyo cálculo hay que integrar, lo que constituyó un efecto de la fundamental Sentencia del Tribunal Constitucional 1983/274, las reducciones de penas que sea posible hacer en aplicación de lo previsto en el artículo 54 de la Ley 354/1975, de 26 de julio, sobre Ordenamiento Penitenciario, y que puede llevar a una reducción de cuarenta y cinco días por cada semestre de pena efectivamente descontada— en Italia (sobre este particular véanse PADOVANI, T., en M. ROMANO, G., GRASSO y T. PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice Penale. III. ART. 150-240*, Milán, 1994, pp. 176 ss., y bibliografía allí citada, y BORGOGNO, R. en A. CRESPI, F. STELLA y G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Padova, 1996, pp. 176 ss.); en el Estatuto el mínimo de cumplimiento se establece en los veinticinco años, lo que supera, y con mucho, el establecido en los ordenamientos italiano (si tenemos en cuenta las aludidas posibles reducciones de pena) o alemán; todo lo cual contribuye a disminuir notablemente la existencia de la mencionada posibilidad de que el penado pueda llegar a tener, realmente, la oportunidad de disfrutar de nuevo de la libertad con anterioridad a su fallecimiento.

Por cierto que, a diferencia de otros ordenamientos como el italiano y el alemán que admiten la cadena perpetua como pena única, en el nuestro no existe ninguna pena privativa de libertad absolutamente determinada. No obstante, en el Código Penal de 1973 había casos en los que el margen de maniobra del juzgador en esta materia era, ciertamente, muy exiguo. Ejemplo de ello era el delito de asesinato (artículo 406) que estaba castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, esto es de veintiseis años, ocho meses y un día a treinta años. En todo caso no deja de resultar llamativo, el que aún no existiendo en nuestro país la pena de cadena perpetua, sea posible que en aplicación de nuestro ordenamiento penal pueda un sujeto permanecer más tiempo en prisión que en el caso de que les hubiera sido aplicada la legislación de aquéllos países que —como Alemania o Italia— contemplan la prisión perpetua; y ello por la poderosa razón de que en los dos países mencionados se introdujeron limitaciones al tiempo a descontar en prisión en aplicación de la pena de prisión de por vida, que convierte a esa pena, en algunos casos, en una pena más corta que nuestra «temporal» pena de privación de libertad.

tado, que desplaza la previsión normativa del Estatuto —primacía de la legislación nacional—; c) El problema, pues, se limita a aquellos casos en los que no existe expresa previsión normativa —tipo penal— en la legislación nacional, y tampoco la pena prescrita. Es decir, los supuestos de, en nuestro caso, tipo delictivo que prevea reclusión perpetua¹⁷. En ellos la cuestión a discutir es la de si la pena de reclusión de por vida es una pena de clase distinta a la de privación temporal de la libertad; pues bien, creo que, en efecto, es diferente, y la distinción proviene no, obviamente, del hecho de estar privado de libertad, pues tanto en la reclusión perpetua como en la privación temporal de la libertad el bien afectado es el mismo: la libertad. No. La diferenciación proviene del hecho de que la perspectiva de no retornar jamás a la libertad arranca del ser humano una cualidad que reconocemos esencial en él —y en ese sentido forma parte del artículo 10 de la Constitución—, que es el llegar a gozar de la libertad en algún momento de su vida. Por eso, precisamente, uno de los contenidos de la pena privativa de libertad —junto, entiendo, a la prevención general negativa— es la reinserción social. Una pena que no pueda ser «rellenada» con la idea de la reinserción social (artículo 25.2 CE), no forma parte de lo que denominamos en nuestro Ordenamiento «pena privativa de libertad»¹⁸; por ello es «algo» distinto para lo que habría que diseñar

¹⁷ Puesto que las otras penas, además de la de cadena perpetua y temporal, no plantean tampoco problemas de existencia ni en nuestro Código Penal ni en los de nuestro entorno cultural. Me refiero a las sanciones previstas en el artículo 77.2 del Estatuto, según el cual: «Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba. b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe».

¹⁸ Por cierto que por «pena» no se puede entender, a mi modo de ver, cualquier tipo de castigo; en efecto, el concepto de «pena» se ha ido construyendo en los tres últimos siglos en referencia a los Derechos Humanos, a los Derechos Fundamentales; el horror que en algunos ilustrados despertaron penas como las aplicadas al regicida Damiens, o las infligidas por los españoles al indio Túpac Amaru (véase para mayor detalle mi «Introducción» a CESARE BECCARIA BONESANA, *Tratado de los delitos y de las penas*, Granada, 1996, pp. 12 ss.) comenzó (por más que no se puede olvidar que hubo señeros antecedentes, como los casos de Juan Jacobo Mora y Guillermo Plaza o de Jean Calas) a generar un estado de opinión que, pasando en un largo desarrollo histórico por las declaraciones de derechos —nacionales e internacionales— y la consolidación del Estado Democrático, ha finalizado, en nuestro ámbito cultural, por integrar el concepto de «pena» con referentes tales como «humana», «no degradante», «que no suponga trabajos forzados», que no implique un ataque a la «dignidad» del penado, etc. Es decir, no cualquier castigo puede ser identificado como una pena; el Estado Democrático sólo puede imponer aquéllos castigos que conceptualmente pertenezcan al entendimiento moderno, civilizado por las declaraciones de derechos, de «pena»; cualquiera otro planteamiento al respecto supone ignorar la evolución de la humanidad en los últimos trescientos años, y en nuestro caso prescindir de la Constitución de 1978. Así, pues, si cuando hablamos de «pena» nos referimos a la clase de sanción que puede imponer el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, tenemos, necesariamente, que concluir que la capacidad del Estado para idear sanciones calificables

otros principios de ejecución —en el que reinaría, probablemente, el meramente asegurativo—. Así, entiendo que la sanción de por vida es una pena que no existe en nuestra legislación penal, y por ello es de imposible aplicación. Es decir, no es un problema del *quantum* sino del qué.

Así las cosas, el citado artículo 80 del Estatuto sólo nos sirve para excluir de nuestro Ordenamiento la pena de reclusión perpetua, pero no para limitar de alguna forma la aplicación de la pena de privación de libertad de cero a treinta años¹⁹.

como «pena» está limitada por los principios de humanidad, dignidad, etc., a los que me he referido más arriba; por encima de ello nos encontraremos no con una pena (pues es obvio que el Estado, bestia que también ha sido razonablemente civilizada, o al menos se ha intentado, en los últimos siglos, se encuentra limitado por toda una serie de referentes en su capacidad de actuación) sino, simplemente, con arbitrariedad estatal.

En este sentido carece, a mi modo de ver, de trascendencia la discusión, cada vez más actual por otra parte aunque por lo dicho mal enfocada, de si es posible, con relación a los delincuentes sexuales reincidentes o con capacidad de reincidencia, imponer una sanción —directa o indirectamente— de castración (obviamente química, de la quirúrgica estimo que no es posible ni hablar); y digo que carece de trascendencia la discusión puesto que semejante sanción no puede ser considerada como «pena», al suponer un claro ataque a los principios más arriba mencionados.

¹⁹ Es evidente que el Principio de Legalidad exige, también con relación a la pena, determinación; y si bien ello no supone exigencias tan estrictas como en referencia al *nullum crimen sine lege* —pues de otra forma volveríamos al sistema de «penas fijas» que ya demostraron su incapacidad para el sistema penal, además de que no debe olvidarse que el establecimiento de un cierto marco es condición para que puedan tenerse en cuenta las finalidades de la pena constitucionalmente contempladas, puesto que sin flexibilidad alguna en la previsión legislativa de la pena no habría capacidad de valorar las necesidades a las que se refiere el artículo 25.2 CE—, una excesiva indeterminación en la amenaza penal (como la que, a mi juicio, se produce en el caso del Estatuto del Tribunal) implica violación del Principio de Legalidad. En todo caso, y además, la consecuencia más indeseable de la creación de extensos marcos penales —gigantesco en el caso del Estatuto, hasta el punto de que se pudiera decir que no hay marco penal en sentido estricto— es la frecuente conculcación del Principio de Igualdad, pues el extraordinario recorrido de la pena provocará que de unos casos a otros se produzcan grandes diferencias en su determinación final.

A lo anterior —y también como efecto de la elaboración por el Legislador de marcos penales excesivamente amplios— ha de unirse la consecuencia, según ZIPF (en MAURACH, R., GÖESSEL, H. y ZIPF, H. *Derecho Penal. Parte general. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de la 7.ª ed. alemana por JORGE BOFIA GENZSCH, Buenos Aires, 1995, p. 693), de un favorecimiento a la tendencia de imponer penas mínimas. «En tales casos no se logra precisamente un agotamiento de los marcos punitivos en su margen superior, sino más bien se llega a una pérdida de seguridad por parte del juez. La consecuencia es, en la mayoría de los casos, el surgimiento de márgenes judiciales mucho más estrictos, los cuales —abstracción hecha de casos excepcionales que estadísticamente tienden a desaparecer— tan sólo cubren una parte del marco punitivo legal».

Asimismo una gran amplitud de marcos penales puede llevar consigo una confusión valorativa más que considerable, provocada como consecuencia de la similitud entre las sanciones con las que se castigan los atentados a bienes jurídicos de diversas magnitudes.

2. En cualquier caso el argumento «más de fondo» para rechazar las penas indeterminadas —o las a ellas asimiladas— tiene que ser construido a partir de lo admisible, por naturaleza, en un régimen democrático. El planteamiento al que me quiero referir ha sido explotado por Foucault en referencia al, así llamado por los católicos a partir de un determinado momento de la evolución histórica de su asociación, «sacramento de la confesión». En efecto, afirma Foucault²⁰ que en el cristianismo primitivo, y tras un primer momento en el que la confesión no era un acto sino que constituía un *status* —el de penitente, *ordo penitentium*, otorgado por el obispo a solicitud del sujeto, por lo que la «pena» era «auto infligida»²¹— que se adquiría sin necesidad teórica de explicación de los «pecados», se pasó —más o menos en el siglo VI— a la penitencia

²⁰ *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*, trad. HORACIO PONS, Madrid, 2001, pp. 157 ss.

²¹ En este sentido el éxito de la punición, expiación, sólo dependía de la aceptación por dos de los esfuerzos penitenciales desarrollados por un sujeto, que no sólo estaba arrepentido de lo hecho, sino decidido a llevar a cabo la estrategia que fuera necesaria para «reconciliarse» con su divinidad a la que había ofendido con su conducta.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en los primeros años del cristianismo se frecuentaba el bautismo en la edad adulta, con lo que tal «sacramento» venía a servir como instrumento para la remisión de los pecados que se hubieran podido cometer hasta ese momento (de hecho, en documentos emitidos en torno al año 200 se conceptuaba la penitencia como un segundo bautismo; véase a este respecto, ROUILLARD, P., *Historia de la penitencia, desde los orígenes a nuestros días*, trad. JOSÉ LUIS ARRIGA, Bilbao, 1999, pp. 25 ss., para el cual «Como el bautismo, primer y fundamental sacramento de la remisión de los pecados, la reconciliación, después de un tiempo de penitencia, sólo puede recibirse también una vez en la vida»). En ocasiones —por ejemplo, con relación a los numerosos supuestos de abjuración que se plantearon con ocasión de las «persecuciones»— la «reconciliación» no llegaba hasta, después de una vida de penitente, la hora de la muerte del sujeto —esta prolongada duración de la penitencia terminaría provocando una ruptura, cisma, en el mismo seno de la comunidad de los creyentes, véase a este respecto *op. cit.*, p. 30—. En todo caso el bautismo poseía una mayor centralidad en el sistema —curiosamente Lutero y Calvino se situaron en una perspectiva bautismal—.

En todo caso es de subrayar cómo el *status* de penitente, como el de leproso, apestado, loco, etc., llevaba consigo la expulsión de la comunidad —en el caso del penitente únicamente de la de los creyentes que se escenificaba en un acto litúrgico público en el que se concretaba la «excomunión»— fuera de la «comunión», del «común», de la «comunidad». Esa idea de exclusión del «miembro enfermo» poseía el doble significado de exaltación y preservación de la concreta comunidad en su «virtud», y de etiquetamiento del expulsado en una ceremonia que es pública. La expulsión, por otra parte, podía llegar a tener un final, parcial, antes del momento de la muerte del penitente, en cuanto que el obispo podía «reconciliarle» con la comunidad de creyentes; sin embargo esa reconciliación —que, generalmente, sólo podía darse en una ocasión— no sería total puesto que hasta el fin de su vida el sujeto tendría que aceptar serias limitaciones en su participación en los distintos órdenes sociales, respecto de los cuales estaría, al menos parcialmente, inhabilitado —por ello muchos creyentes sólo acudían a la penitencia al final de sus vidas; de ahí que la plena reconciliación se terminara confundiendo, al menos durante algunos siglos, con la extremaunción.

«tarifada»²²—. Se produce, pues, un cambio radical de modelo en el que el régimen de la «satisfacción» por la infracción cometida, introduce un sistema en el que el acento fundamental se pone en el acto de la aceptación de la infracción; a partir de ese momento la penitencia es la, en cada caso, precisamente determinada²³. Pues bien, es evidente que en un sistema como éste el papel del «confesor» puede terminar siendo muy escaso, pues se llega, con la penitencia «tarifada», a una espiritualización considerable del acto de la confesión, de forma que, cada vez más, ésta dependerá, como ya he indicado, de la misma

²² Sobre la base espiritual y política de este cambio, que procede de la espiritualidad irlandesa, y su influencia en Europa, véase RÍOS CABALLERO, S., *La influencia irlandesa en la configuración política occidental*, Santander, 1985, *passim*.

²³ La determinación se establece sobre criterios de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la penitencia a cumplir, plasmados en catálogos llamados «Penitenciales». En este sentido constituye todo un ejemplo el llamado «Penitencial de Finiano» (muerto en el año 549) en el que se dispone lo siguiente (véase ROUILLARD, P., *Historia de la penitencia...*, op. cit., Apéndice 27; véase también el Apéndice 28 de la misma obra en el que se transcribe algún fragmento del «Penitencial de Columbano» que llegó a gozar de gran influencia):

«En el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo.

»Si alguien peca de pensamiento y se arrepiente enseguida, se golpeará el pecho, pedirá perdón a Dios, hará una penitencia apropiada, y estará curado.

»Quien peca con frecuencia por pensamiento, pero duda de poner en ejecución estos pensamientos o ignora si realmente ha consentido en los malos pensamientos, pedirá perdón a Dios por medio de la oración y ayunos, día y noche, hasta que los malos pensamientos se alejen, y estará curado.

[...]

»Si alguno discute con los clérigos y los ministros de Dios, ayunará durante una semana a pan y agua; pedirá perdón a Dios y a su prójimo, humilde y sinceramente, y así se reconciliará con Dios y con el otro.

»Si un clérigo ha tenido la idea escandalosa de golpear o matar a su prójimo, ayunará durante seis meses a pan y agua y se abstendrá de vino y carne. Así será autorizado a volver al altar.

»Pero si se trata de un laico, ayunará durante siete días porque la falta de un hombre de este mundo es menos grave aquí abajo, como también la recompensa será menor en el más allá.

»Si un clérigo pega a su hermano o a su prójimo y ha derramado su sangre, el crimen es el mismo que si lo hubiera matado pero la penitencia es diferente: ayunará un año a pan y agua y no ejercerá su ministerio.

»Si un laico pega a su hermano hará penitencia durante 40 días y pagará una multa fijada por un sacerdote o un monje...»

En ocasiones la penitencia prevista en los «Penitenciales» para ciertas infracciones y como consecuencia de la gravedad de las mismas, resultaba absolutamente desproporcionada con relación a la duración de la vida humana, ello es lo que provocó, con distintos matices, la aparición de «sustitutivos» de la penitencia e, incluso, compensaciones, entre ellas las dinerarias, mediante las que el penitente se libraba del cumplimiento de la penitencia en su concreta previsión —también era posible ejecutar la penitencia por medio de otro, de ahí el interés de los vasallos en la espiritualidad de sus señores—. Aquí, por otra parte, está, quizás, el origen de la compra de bulas e indulgencias, que tanto ayudarían a la mayor corrupción de Roma y al surgimiento de la Reforma de Lutero.

admisión de la culpa por parte del confesante²⁴, y, a continuación, la aplicación de la «tarifa», que conocía el penitente y que se encontraba fijada de antemano, y cuyo cumplimiento suponía, automáticamente, la remisión de los pecados; razón por la que, poco a poco, el sacerdote vería, repito, como su papel se reducía cada vez más, limitándose a «trasladar» el *quantum* de la penitencia²⁵. Pero aunque Foucault insiste²⁶ en que, en un primer momento, no era la confesión la que, por sí misma, producía la expiación de los pecados, sino el cumplimiento de la penitencia, no puede dejar de reconocer que más adelante —aunque en un ámbito limitado— a la admisión de los pecados se le confirió la cualidad, en sí misma, de un inicio de pena, lo que, incluso, fue puesto de relieve en una cierta época²⁷. Esa «espiritualización» de la confesión provocó la acentuación de la mera accesoriedad del papel del sacerdote, hasta el punto de llegar a plantearse la prescindencia del mismo con relación a la confesión²⁸. Así pues, «el ritual de la penitencia o, mejor, esa tasación casi jurídica de la penitencia, tiende a desfasarse poco a poco en formas simbólicas. Al mismo tiempo, el mecanismo de la remisión de los pecados, esa especie de pequeño elemento operador que asegura que éstos se condonen, se cierra cada vez más en torno de la confesión misma. Y a medida que ese mecanismo se cierra alrededor de la confesión, el poder del sacerdote, y con mayor razón el del obispo, se aflojan otro tanto»²⁹.

²⁴ Indica GRIOLET [«De Constantino a Carlomagno o la propedéutica eclesial de los poderes», en CHATELET, F., *Historia de las ideologías. I. Los mundos divinos (Hasta el siglo VIII de nuestra era) De la Iglesia al Estado (Del siglo IX al XVII)*, trad. LUIS PASAMAR, Bilbao, 1978, p. 261] que «La noción de tarifa conduce a un individualismo penitencial y no a una comunidad de penitentes».

²⁵ Este efecto se acentuaría a medida que los «penitenciales» observaran una mayor taxatividad. Debe tenerse en cuenta en este sentido que el protagonismo de Dios, de cualquier Dios o Dioses, en el mundo antiguo era, como es conocido, considerable, de forma que la adhesión voluntaria a sus preceptos (al menos por vía de arrepentimiento) y la consiguiente aceptación del castigo era general (con independencia de que la reiteración en el pecado fuera o no numerosa). Esta característica —la aceptación voluntaria de la sanción— del mecanismo de remisión de los pecados, no es, obviamente, trasladable al Derecho Penal, por lo que en éste el papel del «mediador» (Juez) no ha sido nunca impugnado.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 159 ss.

²⁷ Se trata, en todo caso, de un mecanismo, éste del reconocimiento de los hechos y de la culpa, que, actualmente, se considera esencial a muchos procesos de reeducación; véase, por ejemplo, el caso de los alcohólicos —o de otros drogadictos—, respecto de los cuales se estima que la admisión de los hechos constituye *conditio sine qua non* del tratamiento. En el mismo sentido resulta interesante comprobar, para las progresiones de grado, el discurso de las Juntas de Tratamiento respecto del reconocimiento de la culpa.

²⁸ Además surgen procedimientos extraordinarios de confesión que desplazan absolutamente al sacerdote, entre los cuales destaca la confesión directa del creyente con su dios, bien mediante el rezo de determinadas oraciones, bien a través de la comunicación de sus faltas a la colectividad en la que estuviera inserto el sujeto.

²⁹ FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 160.

A partir del siglo XII³⁰, y ahí se va a centrar la constitución de la confesión como el gran instrumento de plasmación de poder de la iglesia católica, ésta recobra el mecanismo de la confesión instituyendo al sacerdote como el necesario mediador para alcanzar la remisión de los pecados³¹, lo que exige el terminar con la penitencia «tarifada» y recobrar el cumplimiento de la penitencia para la centralidad del sistema³². La inmediata consecuencia del cambio de tecnología es que el hombre, el «fiel», pierde automáticamente autonomía y pasa a una dependencia personal, del sacerdote, más acusada: la eliminación de la «tarifa» y la consagración de la libertad en la imposición de la sanción causa el efecto de someter al sujeto al poder personal del mediador, lo que lleva, también, consigo la ampliación del ámbito de la investigación que pasará a abarcar —para lograr una medición más aquilatada de la pena—, más allá del hecho concreto, las circunstancias personales del sujeto³³; es decir, el objeto de la investigación se amplía a toda la vida, a todos los actos del penitente. Así pues, frente a la impersonalidad que representa la «tarifa» encuadrada en la norma, emerge el poder directo del intermediario, lo que supone un cambio obvio en el orden de la sumisión; el feligrés ya no

³⁰ La fecha no es casual; en efecto, debe tenerse en cuenta que es en 1210 cuando San Francisco obtiene del papa la aprobación de su regla, y que a partir de aquél año el desprendimiento terrenal de los franciscanos (y de sus órdenes menores) provocó una crisis que está en los orígenes de la reacción autoritaria de la iglesia oficial; por otra parte, la práctica confesional de esta Orden, y de la de los Dominicos, ejerció también una profunda influencia en las decisiones de los concilios del siglo XIII.

³¹ Lo que unido a la obligación anual de confesión con el propio sacerdote (Concilio Lateranense IV, 1215) supone la construcción de las bases para un absoluto control social —ya que la «dirección espiritual», en la que tanto insistió posteriormente San Carlos Borromeo en sus «comentarios» al Concilio de Trento, acabará formando parte de la liturgia de la confesión—, especialmente si se tiene en cuenta que la conculcación de esa obligación llevaba consigo la excomunión, lo que representaba la exclusión de la comunidad de los creyentes, la imposibilidad de ir al cielo, y la prohibición de enterramiento en sagrado; es decir, la «muerte social». En este sentido se explica perfectamente el por qué el ser confesor de los personajes importantes pasa a ser, y lo continúa siendo, uno de los destinos más ambicionados por los clérigos.

³² Ello no impide que el acto de «declarar el pecado» constituya, por sí mismo, un inicio de la penitencia; así, en uno de los libros de meditaciones más utilizados en el pasado siglo (elaborado en el ámbito de la «Compañía de Jesús», *Meditaciones espirituales para todos los días del año*, del P. FRANCISCO DE PAULA GARZÓN, 9.^a ed., notablemente mejorada, Madrid, 1947, p. 1315) se afirma: «Vergonzoso es pecar; glorioso, confesar humildemente el pecado. No obstante, cuando se ofrece ocasión de pecar, atropellamos osadamente por todo; mas a la hora de confesar el pecado, nos dejamos vencer por la vergüenza. Pues esta vergüenza y este temor los debíamos aceptar como expiación de la facilidad con que pecamos y ofendemos a Dios, y como remedio de la culpa y parte de la penitencia».

³³ Resulta importante retener esta consideración para lo que más adelante se referirá con relación a las reglas de determinación de la pena en las actuaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia.

podrá evaluar por sí mismo su merecimiento de sanción —aunque sea referida a una tabla previamente establecida por los círculos que ostentan el poder de la iglesia—, esa es una potestad reservada al sacerdote —con poder de confesión autorizado por el obispo³⁴—, el cual la ejercerá libérrimamente, con lo cual la participación del confesante quedará limitada a la revelación de su conducta, él ya no «participará» en la tasación de la penitencia (ni como *status*, ni como acto concreto), y quedará sometido al poder personal del sacerdote³⁵. Este nuevo desarrollo de la confesión fortalecerá el aparato entero de la iglesia católica³⁶ (más aún tras la Reforma y Trento³⁷), en tanto que en su organización el sacerdote está integrado en una estructura rígida, dictatorial, por definición no democrática (entre sus miembros hay diferencias impuestas por su capacidad de realizar funciones de «portavocía» de Dios, miembros elegidos para la función que ocupan por sus dioses por lo que no son discutibles en el concreto ejercicio de su poder, hay, en fin, algún sujeto que goza de infalibilidad, todo lo cual, y a priori, impide la discusión misma sobre sus decisiones), hasta el punto de que el sacerdote puede ser excluido, suspendido, de sus funciones por sus superiores a los que debe obediencia, etc.; ello provoca que su función de intermediario sólo suponga incremento de poder de frente a los «fieles», pero no hacia el interior de la organización en la cual se integra. La iglesia, primero con las modificaciones aludidas llevadas a cabo a partir del siglo XII y más tarde en Trento, toma una decisión fundamental: anclarse en la idea del gobierno del hombre por el

³⁴ En el Concilio de Trento (ses. 14, c. 7) se insistió mucho en la idea de la competencia para confesar: «Porque la naturaleza y razón del juicio piden que la sentencia recaiga sólo sobre los súbditos, ha existido siempre en la Iglesia de Dios la persuasión, que el Concilio declara ser sumamente verdadera, de que es absolutamente nula y de ningún valor la absolución pronunciada por el sacerdote sobre un penitente sobre el que no tenga jurisdicción ordinaria o delegada».

³⁵ El P. Juan B. Ferreres, S.I. dice en su *Derecho Sacramental (particularmente del matrimonio) y penal especial con arreglo al Código de Pío X, promulgado por Benedicto XV a las declaraciones subsiguientes de la Santa Sede y a las prescripciones de la disciplina española y de la América Latina*, 3.ª ed. corregida y aumentada, Barcelona, 1923, p. 121, «...el penitente es al mismo tiempo reo, acusador y testigo, y el juez es el confesor que pronuncia la sentencia, la que, como dice el canon, es por lo tanto judicial».

³⁶ Obviamente se originaron muchos movimientos de resistencia a ese monopolio de la Iglesia, uno de ellos, quizás el más «vistoso», fue el protagonizado, en el siglo XIII desde 1260, por las procesiones de «flagelantes», que a partir de un cierto momento de su desarrollo «empezaron a propalar que podían alcanzar la salvación por sus propios méritos y sin ayuda de la Iglesia; hasta el punto de que bastaba asistir a una de sus procesiones para que un hombre fuera absuelto de sus pecados. Pronto arzobispos y obispos empezaron a excomulgar y expulsar a estos peligrosos penitentes, siendo ayudados en la represión por príncipes seculares...» (COHN, N., *En pos del milenio. Revolucionarios, milenaristas y anarquistas místicos de la edad media*, trad. RAMÓN ALAIX BUSQUETS, Barcelona, 1972, p. 139).

³⁷ No debe olvidarse que en este Concilio además de confirmarse la obligación de la confesión anual establecida en el Lateranense IV, se eleva el nivel teológico de la confesión misma.

hombre, de la sumisión personal a un sujeto, y por esa vía decide renunciar a la modernidad. Así, si bien es discutible si en algún momento la iglesia católica ha desempeñado un papel que no haya sido el acentuar el sometimiento de la persona, lo que está claro es que con semejante decisión pasa a quedar constituida con unas estructuras que se hundan, definitivamente, en épocas pretéritas. Desde entonces —lo que posiblemente sea connatural a todas las religiones— la católica constituirá un cuerpo extraño inserto en una sociedad —la sociedad civil— que sí ha evolucionado; es verdad, sin embargo, que la católica no se manifiesta de la misma forma que hace cinco siglos, pero ello, evidentemente, se debe a su necesidad de supervivencia en un medio que le es absolutamente desfavorable, lo que le ha obligado a una metamorfosis (camaleonismo) que no atenta, sin embargo, a su esencialidad.

3. ¿Cómo se traslada este planteamiento, y estas consecuencias, al Ordenamiento Penal? Desde luego hay que partir de un dato referido a la posición del Juez en el sistema: su independencia. Aquí no estamos —o no estamos actualmente— ante un «empleado» del príncipe que se limite a expresar los criterios de Justicia de ese soberano, y que, por tanto, imparta esa Justicia, de modo no meramente protocolario o figurado sino real, en nombre, en representación del príncipe. No. El juez, como todos los poderes públicos, está vinculado a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, su «poder» deriva, precisamente, de ahí; y, paralelamente, los ciudadanos se vinculan también a la Ley. De forma tal que la norma constituye el punto de encuentro entre juez e infractor, y por ello, como apuntaba el clásico, la Ley Penal constituye la «carta magna del delincuente», puesto que es la que establece la fundamentación y la limitación del castigo, así como la constitución de la obligación dirigida al juez para su imposición³⁸. En este sentido nos encontramos ante un poder impersonal que es el de la Ley. Una Ley que es producida no en un sistema dictatorial, que discrimina entre sus componentes, negador de Derechos Humanos, etc., sino en un sistema democrático; esto último impide, precisamente, el establecimiento de toda sumisión personal, de creación de mecanismos en los que se produzca, que faciliten, esa sustitución del poder impersonal de la Ley por poderes personales de los servidores del Estado³⁹. En este sentido, apunta

³⁸ Véase mi obra *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pp. 31 ss.

³⁹ Esto se ha puesto claramente de manifiesto en el tratamiento otorgado por el Ordenamiento Penal a la circunstancia eximente de obediencia debida y al delito de desobediencia de funcionarios públicos. En efecto, la obediencia debida se concibe, originalmente, como deber de obediencia al superior por el hecho de serlo, lo que se cohonestaba perfectamente con una concepción según la cual la legitimidad del monarca —Absolutismo— provenía de sus «propios derechos históricos» o/y directamente de dios, lo que se traducía en una capacidad de obligar de sus instrucciones basada en su fuerza constantemente innovadora del Ordenamien-

Barcelona⁴⁰, «Bobbio no vacila en afirmar que el rasgo más característico de la sociedad moderna, de las formas de la convivencia civil que caracterizan nuestra realidad social, cultural y política, es el hecho de que se ha realizado (al menos tendencialmente) el gobierno de la Ley en lugar del gobierno de los hombres. Con esta fórmula, Bobbio pretende subrayar un verdadero y auténtico giro en las relaciones entre gobernantes y gobernados, representado precisamente por la primacía de la Ley, por el hecho de que todo poder que se ejerce no es ya un poder personal, no refleja la posición de un hombre respecto a otro hombre, sino que está fundado en la Ley, autorizado por la Ley y legitimado por la Ley. La Ley gobierna la conducta de los hombres, a diferencia de cómo ocurría en épocas anteriores, no tan remotas, cuando el poder de los hombres se ejercía directamente sobre otros hombres sin la mediación de procedimientos ni de criterios de verificación legal. Más claramente aún, Kelsen (y en otra vertiente Weber) ve en el ordenamiento jurídico del Derecho moderno la señal de un modo distinto de organizar las relaciones sociales, caracterizado esencialmente por el monopolio legal de la fuerza, por la despersonalización de la autoridad, y

to; los funcionarios eran empleados del soberano y, por lo tanto, transmisores de su voluntad, la cual no podía ser, por definición, contraria a Derecho. En este contexto la norma venía expresada en la voluntad del superior, de lo que se derivaba, necesariamente, la obligación de obediencia y la exención de responsabilidad por los hechos realizados por orden suya. Obviamente en el momento en que la soberanía encuentra una fundamentación distinta o cuando se acepta la doble fundamentación, la obligación de obediencia se encuentra con límites diferentes, pues el funcionario ya no se halla en una vinculación personal a un sujeto —aunque sea a través de toda una cadena de empleados que se encargan de transmitir la voluntad del monarca— sino a un Ordenamiento. Este fenómeno se puso claramente de manifiesto en nuestra primera Constitución democrática [al decir de SOLÉ TURA Y AJA, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 57] donde se introdujo un artículo —el 30— que en su párrafo segundo, inciso segundo, afirmaba: «El mandato del superior no eximirá de responsabilidad en los casos de infracción manifiesta, clara y terminante, de una prescripción constitucional. En los demás casos sólo eximirá a los agentes que no ejerzan autoridad»; este precepto fue trasladado al artículo 380, párrafos segundo y tercero, del Código Penal de 1870 (véase mi monografía *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, pp. 236 ss., especialmente 241 ss.). La fuente de legitimidad de la orden ya no se encontraba en la cualidad de «ser superior», sino en la fuerza de obligar de la norma abstracta; de ahí que, tras un largo período de evolución legislativa (véase *op. cit.*, pp. 111 ss. y 236 ss.) se haya llegado a la situación actual en la que formalmente, incluso, ha desaparecido la eximente de obediencia debida —que sólo puede encontrar «hueco» en la de cumplimiento de un deber—, y en que el Código Penal —artículo 410.2— exige expresamente de la obligación de obedecer a los mandatos que infrinjan el Ordenamiento. Así pues, y tras un largo desarrollo histórico, se ha pasado de una situación de sujeción personal a una de vinculación al abstracto Ordenamiento.

⁴⁰ «La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna» en G. Portilla Contreras (coord.) *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, 2005, pp. 14 ss.

afirma que es precisamente el primado de la Ley, de la racionalidad jurídica, lo que terminó para siempre con el mortífero círculo de la venganza privada y con el riesgo permanente de las guerras civiles»⁴¹.

Pues bien, en el ámbito penal el recorrido ha sido inverso al llevado a cabo en la iglesia católica con su «sacramento de la confesión»; en concreto, se partía —por limitarnos en la «mirada atrás» al «Antiguo Régimen»— de una situación en la que, por una parte, el arsenal penal estaba, fundamentalmente, dirigido al castigo del cuerpo —azotes, marca, mutilaciones, galeras, etc.—, y en la que el arbitrio en la selección de la pena era una de las características del sistema, lo que tenía una indudable lógica dada la legitimación del poder ejercitado. La fungibilidad de penas y de los componentes de los enunciados normativos, su carácter de disponibles para el llamado a ejercer el poder de la Justicia, es lo que provocó una reacción tan extrema como la producida en el pensamiento penal del periodo revolucionario francés; pero se trató de una reacción fundamentada en otra concepción del poder, en otra fuente de legitimación del mismo y de las relaciones de los ciudadanos con él.

En un contexto democrático, pues, en el que el poder está representado en el impersonal de la Ley, no es posible, porque contradice la naturaleza misma del sistema, conferir poderes extraordinarios a una determinada clase de funcionarios del Estado. Pero no es posible ni por la relación que esos funcionarios tienen con el poder, ni por las cualidades que adornan la condición de ciudadano. En efecto, por lo que a lo primero se refiere ya indiqué más atrás cómo el papel de intermediario del sacerdote no suponía tanto un acrecentamiento del poder de éste como del aparato en el que estaba integrado; sin embargo, el reconocer al juez actual idénticas competencias sí implicaría, por la peculiar posición de ese funcionario en el sistema tal y como he referido más arriba, una atribución de poder personal que es absolutamente incompatible con el sistema democrático, pues ya el «punto de encuentro» entre ciudadano y juez no sería la Ley sino el poder personal de éste. Lo que implicaría la constitución de poderes personales de sumisión absolutamente ajenos al sistema. Es decir, antes que de ataque al principio de igualdad o a la seguridad jurídica tal y como he razonado más atrás, el establecimiento de marcos penales excesivamente amplios —o, en realidad, su inexistencia— supone un ataque, el más furibundo, a las bases del estado democrático mismo, en tanto que sustituye el poder de la ley por el personal de un individuo, por más que éste se llame juez.

⁴¹ Estando de acuerdo sustancialmente con el planteamiento acabado de exponer, sólo añadir que el momento de inflexión comienza a acaecer más concretamente, en mi opinión, con el establecimiento de un centro claro de imputación de la soberanía residenciado en el Príncipe, lo que, sobre el plano teórico, acaece con la fundamental obra de Bodino.

4. ¿Cuál es la situación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional? Resulta aleccionador examinar algunas sentencias dictadas por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia en lo que se refiere a la fundamentación de la determinación de la pena, y ello por dos razones: porque al no tener otros elementos de juicio (salvo los obtenidos de las resoluciones dictadas por el paralelo Tribunal para Ruanda), es de suponer que sus criterios serán seguidos por el Tribunal Penal Internacional, y porque la estructura de la determinación de la pena es similar a la contemplada en el Estatuto del último Tribunal citado⁴².

Así, en el caso *Goran Jelusic*, de 14 de diciembre de 1999, se toma en consideración, para la determinación de la pena, que el acusado tiene un hijo de corta edad; en el *Dusko Sikirica/Damir Dosen/Dragan Kolundzija*, de 13 de noviembre de 2001, el «remordimiento» pasa a constituir una circunstancia a tener en cuenta⁴³. También resulta sumamente conveniente comparar las penas impuestas en los diferentes procesos: en el caso *Ranko Cesic*, de 11 de marzo de 2004, la condena por diez homicidios y violencia sexual, constitutivos de seis crímenes contra la humanidad y seis violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, terminan mereciendo la pena de diez y ocho años de prisión; sin embargo, a Sikirica —en el ya mencionado caso *Dusko Sikirica/Damir Dosen/Dragan Kolundzija*— se le impone la pena de quince años de prisión por un solo homicidio.

Desde luego que en estas operaciones realizadas por el Tribunal para la Antigua Yugoslavia para determinar la pena, se pone claramente de manifiesto, una vez más, que una buena dogmática cumple un papel fundamental de cara a la seguridad jurídica y a la igualdad; y que, obviamente, a la taxatividad le competen, además de otras funciones, ese mismo papel. También se evidencia que los esfuerzos realizados por la doctrina y por la Jurisprudencia para fijar los criterios a emplear para la determinación de la pena, son necesarios. En efecto, de entrada resulta importante distinguir, lo que está más que asumido en la doctrina española, tres fases en la vida de la pena, y la utilización de distintos criterios para determinar la sanción en esas tres fases;

⁴² Obviamente existen diferencias esenciales entre los Tribunales *ad hoc* y el Tribunal Penal Internacional, entre las que cabe mencionar que «la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los Tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la justicia penal del Estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados. En este sentido la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar» (AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo. Derechos Humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho Penal y Guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Madrid, 2006, p. 29).

⁴³ Por cierto, que el referente «remordimiento» posee unas connotaciones morales difícilmente aceptables en un Derecho Penal laico.

es decir: no se puede asumir una «dogmática del potaje», que es la que parece que acoge el Tribunal para la antigua Yugoslavia, mezclando, en el momento de la determinación judicial de la pena, referentes propios de ese estadio con otros más conformes con la ejecución penal o con la determinación de los abstractos marcos penales. Por ejemplo, el dato de que el sujeto tenga setenta y un años (y a no ser que la edad haya influido en la realización del hecho punible) es un elemento a tener en cuenta no en la determinación judicial de la pena, sino en la ejecución; la referencia a la ancianidad del sujeto no supone —con la cautela acabada de referenciar— un menor, o mayor, merecimiento de pena por el hecho culpable realizado (a no ser que ello supusiere de por sí una disminución de la imputabilidad), sino una modalidad de ejecución determinada (pues la humanidad o no de la sanción tiene, es verdad, sus aspectos abstractos y generales, pero también particulares); el número de hijos que tenga el autor del delito, o la juventud de los mismos, es evidente que tampoco constituye un dato que haya que tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena⁴⁴. Al acudir el Tribunal a todos estos referentes se está distanciando del hecho y acudiendo a referencias de autor, y consiguientemente abre «causa general» que proyecta sobre toda la vida del sujeto y sus circunstancias, logrando de semejante forma un distanciamiento absoluto de los principios de seguridad, igualdad, etc.

¿Cuál es el problema? Pues que se confunden dos momentos, el de la «determinación legal de la pena» y el de la «individualización judicial de la pena». Ambas fases son definidas por Demetrio Crespo, en una obra que es de referencia⁴⁵, de la siguiente forma: «En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo. De este modo se pone a disposición del juez un espacio de juego (*Spielraum*), o marco penal (*Strafrahmen*). A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la individualización de la pena por el juez, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador». La, como he indicado, confusión entre estos dos momentos, conduce a todo tipo de dislates, pues termina suponiendo que finalidades de la pena que son prevalentes en determinadas fases de la vida de la sanción pero no en otras —verbigracia, la prevención general negativa—, son utilizadas en sus peores versiones —ejemplaridad— como referente fuera de lugar o en «dosis

⁴⁴ No tengo datos sobre la formación, ni acerca de la nacionalidad, de los magistrados que forman parte del Tribunal, pero seguramente esos factores podrían contribuir a explicar el por qué los jueces del Tribunal utilizan determinados referentes.

⁴⁵ *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, pp. 41 ss.

excesivas»⁴⁶, lo que supone, además, dar entrada, frecuentemente, a todo tipo de consideraciones y criterios difícilmente aprehensibles y, por ello, imposibles de controlar. Es decir, desde el punto de vista meramente técnico jurídico supone entrar en el reino de la absoluta arbitrariedad⁴⁷.

Pues bien, todo lo dicho, todos los defectos que pueden encontrarse al Estatuto del Tribunal, quizás deriven de la endeble legitimación de los tribunales que instituye. Es decir, su legitimación no procede, sin más, del poder de un Estado dirigido a monopolizar la violencia y a garantizar la paz en su territorio y el respeto a los derechos individuales, sino de un acuerdo entre estados (sólo entre algunos, de los cuales no forman parte varios de los más infractores) encaminado a sancionar parte de las expresiones más extremadas de ciertos tipos de violencia; un acuerdo al que, voluntariamente, se suman los estados, y que únicamente es posible «imponer» a los estados débiles⁴⁸; el resto de las organizaciones políticas lo aceptarán en la medida de su conveniencia; y buena parte de los estados fuertes, con gran poderío militar o/y económico, sencillamente no se someterán a esos tribunales⁴⁹. Así pues,

⁴⁶ En referencia al papel de la prevención general negativa en las diferentes fases de la vida de la pena, véase ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., y CARRASCO ANDRINO, M. M., «Medición judicial y ejecución de las sanciones penales», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 5, 2001, *passim*.

⁴⁷ Desde luego que en nuestro Derecho también se utilizan criterios como el de las «circunstancias personales» del sujeto para la individualización judicial de la pena; la cuestión es que esas «circunstancias personales» son de aplicación en un ámbito de juego, en un marco penal, determinado previamente en atención a la importancia del bien jurídico protegido, a la afectación de dicho bien como resultas del ataque antijurídico, al papel del infractor en el ataque, etc. En todo caso, como digo, las «circunstancias personales» son un factor a jugar en la determinación judicial de la pena; en ese sentido se pronuncia el Código Penal en el artículo 66.1.6.ª: «Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho».

⁴⁸ En este sentido MAIWALD, M., «Diritto e potere», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 1, enero-marzo de 2004, pp. 21 ss.

⁴⁹ Toda esta situación ha provocado que, recientemente y en el mundo árabe, se hayan comenzado a elevar voces reclamando un Tribunal propio de los países islámicos; desde luego que esto es consecuencia de que en esos países se haya visto, con indignación, con lógica indignación, cómo sus líderes son juzgados y condenados —en el caso de Irak, por ejemplo, con un Tribunal nacional... reclamado e impuesto desde el punto de vista internacional—, y, sin embargo, los crímenes cometidos por algunas dictaduras occidentales —caso de Israel, donde el asesinato es una de sus principales armas en la política exterior— o por alguna democracia de referencia —supuesto de EEUU— quedan fuera de cualquier jurisdicción, nacional o internacional (resulta éticamente inaceptable la constitución de un Tribunal Internacional para Camboya con objeto de juzgar las salvajadas llevadas a cabo por Pol Pot y sus jefes, y que, sin embargo, de las cometidas por los EEUU en Vietnam, en años muy cercanos, no haya noticia; o resulta escandaloso y hiere la sensibilidad más encallecida, que en la Conferencia de Lisboa UE/África los líderes europeos hagan muecas de asco por la presencia del dictador Mugabe, y, sin embargo, no tengan problemas en sen-

lo que se ha construido en el ámbito internacional es un órgano dirigido a sancionar, únicamente, las conductas desarrolladas en el ámbito de aquellos estados débiles frente a la comunidad internacional; sin embargo, los atentados realizados en un espacio dominado por China, Israel o USA, verbigracia, quedarán —incluso abstractamente— en la impunidad⁵⁰. Es decir: el Tribunal Penal Internacional es más una expresión de la imposibilidad moral, individual y colectiva, de aceptar la impunidad de los grandes criminales, que de la Justicia, por más que se le quiera recubrir de los mecanismos habituales en los tribunales nacionales. Ello es lo que explica el por qué si a los Tribunales de Núremberg se les examina con el prisma de los principios penal y procesal penales admitidos y aplicados generalmente en los estados civilizados, resultará imposible hablar de «Tribunal» y de «Justicia». Los tribunales de Núremberg fueron, así, más expresión de la ira de los vencedores y de un reclamo ético, que de una plasmación del «hacer Justicia» tal y como la entendemos en nuestro mundo⁵¹.

tarse a hablar —sin articular mohín alguno— de economía con el presidente ruso, autor de las matanzas en Chechenia).

Esta situación va a determinar, y no es difícil vaticinarlo, la fragmentación de la incipiente justicia internacional, o la acentuación del sesgo de «justicia de vencedores» de esos tribunales internacionales; y ello porque no resulta aceptable el argumento de que, al menos con la actual configuración de la Justicia Penal Internacional, se «hace justicia» en algún caso, y ello por una potísima razón: es imposible «hacer justicia» prescindiendo del Principio de Igualdad (pues porque ello significa que hay países «vasallos» y otros «señores», lo que provocará el surgimiento de contestación por parte de los estados que deban «poner» siempre a los acusados). Más aún: la caracterización de «justicia occidental» del Tribunal Penal Internacional va a terminar con, a medida que van surgiendo otras potencias regionales que compiten con las occidentales en el ámbito internacional —caso, por ejemplo, de China en sus actuaciones en África y Latinoamérica—, las aspiraciones «universalistas» del Tribunal Penal Internacional. Es decir: o se universaliza verdaderamente el Tribunal Penal Internacional y se someten a él las principales potencias, o su muerte está anunciada.

⁵⁰ Ya sé, que el Tribunal Penal Internacional no nace, como indican CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMER («Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *op. cit.*, pp. 124 ss.) con la voluntad de constituirse en la única instancia represiva de los grandes crímenes, sino que la «Justicia» que imparten es supletoria, y que únicamente entrará en juego en ausencia de la actuación de los tribunales nacionales; pero, obviamente, nada hace suponer —tal figuración nos obligaría a contradecir todo lo acontecido durante el siglo XX y lo poco que llevamos del XXI— que estados como los acabados de citar vayan a castigar (cuando nunca lo han hecho) a sus grandes criminales, a sus genocidas.

⁵¹ Esta idea también se refleja modernamente en el planteamiento realizado en algunos países de cara al castigo de grandes criminales en el ámbito nacional; me refiero, por ejemplo, al caso sudafricano en donde se ha producido una renuncia a la imposición de sanciones penales que han sido intercambiadas por el mero «descubrimiento de la verdad» de lo sucedido —debe tenerse en cuenta que, junto con otras exigencias como la reparación del daño causado, la de «saber la verdad» sobre lo ocurrido constituye una de las exigencias irrenunciables en el ámbito internacional, para, entre otras finalidades, acabar con la «invisibilidad» de las víctimas. En el caso colombiano —situación sumamente compleja que continuamente está dando «marcha ade-

En este contexto resulta inevitable que en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional se muestre una gran indefinición en el ámbito de las penas. Al enjuiciado se le entrega a los tribunales para que por parte de estos se le imponga la pena privativa de libertad que consideren adecuada a sus crímenes⁵², sin limitaciones; es decir: se le somete al poder personal de los jueces a cuya «justicia» se encomienda⁵³.

lante y atrás» — tampoco se está reaccionando — en referencia a los «desmovilizados» — con las categorías clásicas del Derecho Penal — véase la «Ley de Justicia y Paz» colombiana de 2005 —. En este último sentido debe tenerse en cuenta que el interés primordial — de, en este caso, Colombia pero hay muchos otros supuestos — es terminar con la situación de guerra civil nada larvada y que tiene ya una duración de decenas de años, pero que en los últimos veinte, especialmente, se ha traducido en gravísimas violaciones de los Derechos Humanos por la tremenda ferocidad con la que se han comportado los actores del conflicto, que han dado lugar a crímenes de los denominados de Derecho Internacional, imprescriptibles según las convenciones internacionales, y frente a los cuales las posibles medidas de gracia o similares no pueden prevalecer (véanse la «Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad», aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 2.391, de 26 de noviembre de 1968, y el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional; en el ámbito latinoamericano resulta especialmente revelador el texto de la Sentencia de 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos-Chumbipuma Aguirre y otros, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en uno de sus fragmentos expresa: «resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los Derechos Humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos»). En esta situación se produce un claro conflicto entre la necesidad de acabar con la violencia — para lo cual es imprescindible desmovilizar consensuadamente a los grupos paramilitares que reclaman como condición un tratamiento penal y procesal de favor — y los requerimientos del Derecho Internacional humanitario.

⁵² Concepto éste que no debe ser entendido, a la luz de las razones aludidas por ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C. (*Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 94 ss. y 127 ss.), y a pesar de los más que loables esfuerzos realizados por CUERDA RIEZU y RUIZ COLOMER («Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», op. cit., pp. 127 ss.), como equivalente a «conducta penalmente tipificada».

⁵³ Ciertamente se trata ésta, la Justicia Internacional, de una peculiar modalidad de «justicia» si se la compara con la nacional. En efecto, en este último caso la infracción de la norma penal desencadena una reacción del Estado que afectará a todos los implicados en la conculcación normativa y hasta el límite, obviamente, de la tipicidad; no podría ser de otro modo, ya que razones elementales de prevención general obligan al castigo de todos los que hubieran estado implicados en el hecho delictivo (es decir, de todos los autores, de todos los cómplices, de todos los encubridores). Este no es, sin embargo, el planteamiento seguido en el ámbito de la Justicia Penal Internacional; en efecto, ya con relación al castigo de los criminales pertenecientes al régimen nacional socialista, en la Conferencia Tripartita de Moscú (EEUU, Gran Bretaña y la URSS), celebrada el 1 de noviembre de 1943, se dictó una declaración sobre la punición de los criminales de guerra alemanes: al final de las hostilidades éstos deberían ser conducidos a los lugares que fueron teatro de sus atrocidades, sin perjuicio de que a los grandes criminales de guerra, que hubieran cometido delitos no restringidos a una determinada

En todo caso, seguramente hay que admitir que todo este problema de conculcación del principio de legalidad referido a la pena, ha sido facilitado no porque haya una oposición a su admisión⁵⁴, sino porque, a diferencia de lo que sucede con el principio de legalidad en la descripción de las conductas, no se ha llevado a cabo una elaboración suficientemente detenida⁵⁵ del mismo⁵⁶.

área geográfica, se les llevara a un lugar apropiado para ser castigados en ejecución de una decisión conjunta de los Gobiernos aliados. Tal decisión fue refrendada con el Acuerdo firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 entre EEUU, Gran Bretaña, Francia y la URSS que instituyeron, a ese propósito, un Tribunal Militar Internacional.

Es decir, en Núremberg el Tribunal Penal sólo se ocupó de los «grandes criminales», los «otros» fueron encomendados a las distintas «justicias nacionales» (véase respecto a esto último mi «Prólogo» a ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 47 y 49); y lo mismo sucedió en Tokio, y está ocurriendo con los Tribunales *ad hoc* para Ruanda y la antigua Yugoslavia; véase en este mismo sentido, AMBOS, K., *Temas de Derecho Penal Internacional...*, op. cit., pp. 29 ss. Es decir, que con relación a los crímenes de los que es competente el Tribunal se ha optado por castigar, como criterio general, únicamente lo «aberrante», y a este contexto pertenece, también, el que únicamente se sancionen a los criminales más caracterizados, dejando impunes a los restantes. En todo caso no hay que ocultar que esta impunidad es consecuencia, también, de la imposibilidad física de llevar el castigo a todos los responsables, a los, a veces, miles de hombres que están implicados en el crimen de que se trate; es una opción que ha sido, asimismo, adoptada, aunque excepcionalmente, en el Derecho nacional, de ahí que en los llamados «macroprocesos» (véase, por ejemplo, lo sucedido con el llamado «caso Roldán») se renuncie al castigo de todos los participantes y se fije la persecución únicamente en los cabecillas; de otra forma sería prácticamente imposible culminar el proceso de que se trate.

⁵⁴ Que sí existió por parte de la Escuela Correccionalista y la Positivista italiana; véanse a ese respecto, entre otros, RÖDER, C. D. A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones. Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho Penal*, trad. FRANCISCO GINER, 3.ª ed., Madrid, 1876, reedición Pamplona, 1999, pp. 235 ss.; FERRI, E., *Principios de Derecho Criminal*, trad. JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1933, *passim*; GARCÍA PABLOS, A., *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, pp. 435 ss. y 555 ss.; del mismo, *Tratado de Criminología*, 2.ª ed., Valencia, 1999, pp. 367 ss., y SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción*, Barcelona, 1979, pp. 130 ss.

⁵⁵ Así lo entiende, acertadamente en mi opinión, LARIZZA («Il principio di legalità della pena», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n.º 1, enero-marzo de 2004, p. 122, con cita de uno de los más importantes trabajos de BRICOLA, *La discrezionalità nel Diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milán, 1965, p. 323).

Resulta, en todo caso, aleccionador a ese respecto examinar el espacio que los autores, españoles, de manuales dedican al examen del Principio de Legalidad referido a la pena, y en concreto al mandato de determinación de la sanción. Así, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006, pp. 82 ss. y 538 ss.) casi no se refieren a ese aspecto; MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 117), ni lo menciona; QUINTERO OLIVARES (*Parte General del Derecho Penal*, 2.ª ed., Navarra, 2007, p. 54), sí hace alusión al tema señalando la necesidad de establecer un marco, aunque tampoco dedica excesivo espacio al problema; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Valencia, 2007, pp. 103 ss.), dedican suficiente espacio a extenderse en el significado de la exigencia de «determinación» de las conductas punibles, pero no se refie-

5. Esa gran indefinición que en el ámbito de las penas muestra el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, es igualmente trasladable a las exigencias más elementales de taxatividad de los tipos penales. En este sentido Andrés Domínguez emite un juicio tan terminante como el siguiente: «... el

ren a las exigencias de determinación de la pena; LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 2002, pp. 136 y 137) sí se refiere al problema, aunque muy brevemente; CEREZO MIR (*Curso de Derecho Penal español. Parte General. Introducción*, 6.ª ed., Madrid, 2004, p. 207) también se refiere concisamente al tema; CUELLO CONTRERAS (*El Derecho Penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002, p. 205) sólo menciona el problema; RODRÍGUEZ RAMOS (*Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 2006, p. 57) únicamente insinúa el tema. Así, seguramente el único «Manual» que dedica suficiente espacio al problema de la determinación de la pena, es el dirigido por ZUGALDÍA ESPINAR —*Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2002, pp. 262 ss.—, en él RAMOS TAPIA realiza una exposición suficiente, precisa, minuciosa y acertada del problema.

⁵⁶ La carencia comienza en el mismo texto constitucional. Se trata éste de un fenómeno que ha afectado también a la legislación fundamental de algún otro Estado de nuestro ámbito cultural; así, el artículo 25, II de la Constitución italiana preceptúa: «Nadie será castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor con anterioridad a la comisión del hecho». Pues bien, esta disposición no incluye una referencia expresa a la legalidad de la pena; y así ha sido subrayado por diversos autores que explican el por qué no se incluyó en el texto definitivo de la Constitución la expresión «y con las penas por ella establecidas», para intentar «evitar que en el caso de sucesión de normas penales quedase prejuzgado el principio de la aplicación de las disposiciones más favorables al reo» (LARIZZA, S., *op. cit.*, p. 125, citando a BRICOLA, F., *La discrezionalità...*, *op. cit.*, pp. 323 ss; véase también, LUCIFREDI, «Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine legge'», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, pp. 1632 ss.).

En el caso español la disposición constitucional se refiere expresamente, en cuanto a la formulación del Principio de Legalidad, únicamente a las conductas (artículo 25.1): «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»; en cuanto al artículo 9.3 CE, se realiza una invocación, sin más especificaciones, del Principio de Legalidad. Por supuesto que la Jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional («Con reiteración ha declarado este Tribunal que el Principio de Legalidad Penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley —a la ley formal— como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*», STC 89/1993, de 12 de marzo) como del Supremo («El Principio de Legalidad de la pena exige de modo inexorable que con anterioridad a la realización de la acción ésta se halle tipificada y sancionada en una *lex praevia*», STS 1.493/1999, de 21 de diciembre), han entendido, por vía de interpretación, que los citados preceptos contienen los tradicionales *nullum crimen sine lege, nullum...*, pero es lo cierto que no se ha contemplado expresamente, en la legislación constitucional, el Principio de Legalidad referido a la pena.

En todo caso hay supuestos en nuestro Código Penal en los que la indeterminación de la pena es realmente excesiva, en este sentido merecen ser subrayados los casos de los sustitutivos penales y de las penas accesorias, en todos estos supuestos la falta de determinación —y la consagración de un excesivo poder a los jueces— es más que notable.

Principio de Legalidad proclamado en el Tratado de Roma se encuentra desprovisto no sólo de la garantía que implica la exigencia de Ley formal, sino también de las que derivan de la exigencia de Ley estricta y cierta»⁵⁷.

Sin embargo hay que subrayar que, como es suficientemente conocido, el Principio de Legalidad, y al margen de lo previsto en el Estatuto del Tribunal, está, aparentemente, suficientemente consagrado en los textos internacionales, y en parecidos términos; lo está en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁵⁸, en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 7.2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, o en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No son estos los únicos textos internacionales en los que se refleja el Principio de Legalidad, hay otros muchos pero tampoco tiene más sentido

⁵⁷ *Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 94 ss. y 124 ss.; véase también, LAURENZO COPELLO, P., «Hacia la corte penal internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma», en *Jueces para la democracia*, n.º 38, pp. 96 ss.

⁵⁸ «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

»2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

La única diferencia importante en la formulación del Principio de Legalidad en los diferentes textos —y a reserva de alguna puntualización que se efectuará más adelante— es la que se refiere al contenido del número 2 del precepto acabado de reproducir —que coincide, por otra parte, con el número 2 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—. Es significativo asimismo, que en el artículo 13 del último Proyecto del Código de Delitos en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad, redactado por la Comisión de Derecho Internacional, se afirme:

«1. Nadie será condenado con base en el presente Código por actos cometidos antes de su entrada en vigor.

»2. Nada en este artículo cancela la posibilidad de que una persona sea juzgada por un acto que, en el momento en que fue cometido, haya sido considerado delictivo de acuerdo con las leyes internacionales o nacionales».

DONDÉ MATUTE (*Principio de legalidad penal: perspectivas del Derecho nacional e internacional*, Barcelona, 2007, p. 331), con relación al apartado 2 del precepto acabado de transcribir, cuya redacción se diferencia claramente de la del texto del Convenio Europeo, afirma que «... fue incluido por dos razones. Por una parte la CDI [Comisión de Derecho Internacional] pretendía dejar abierta la posibilidad de que se pudiera ejercer acción penal desde un marco legal distinto, es decir, con base en un tratado previamente existente como, por ejemplo, la Convención contra el Genocidio. La segunda razón es que la Comisión buscaba evitar que se ejercieran acciones penales sobre bases legales poco sólidas. Por tanto, se optó por reducir el margen de aplicación de esta disposición a actos considerados delictivos “de acuerdo con el Derecho Internacional”».

abundar; sí quiero, sin embargo, destacar uno en particular. Me refiero al artículo 99 del III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que dice así:

Ningún prisionero de guerra podrá ser juzgado o condenado por un acto que no esté expresamente prohibido en la legislación de la potencia detenedora o en el Derecho Internacional vigentes cuando se haya cometido dicho acto.

La razón de subrayar este texto se encuentra en la utilización, que no es común en otros instrumentos internacionales, de la locución «expresamente prohibido en la legislación»; aquí ya no estamos ante la «mera» exigencia de que la acción o la omisión fueran delictivas «en el momento de cometerse», que es la fórmula que, con escasísimas variantes, utilizan los textos internacionales más arriba referenciados, sino que se exige que el acto (acción u omisión) esté «expresamente prohibido». ¿Por qué esta fortaleza en la expresión de la legalidad cuando se trata de prisioneros de guerra y no en el resto de los supuestos? Desde luego no será porque exista incertidumbre acerca de que el mandato de taxatividad de las descripciones contenidas en los tipos delictivos está comprendido en la formulación del Principio de Legalidad; de lo dicho no cabe duda, desde luego, en nuestra Jurisprudencia Constitucional⁵⁹, que ha justificado la existencia de la garantía inherente a la *lex certa* en que sólo una suficiente especificación de la conducta punible es capaz de permitir a los ciudadanos el prever con la suficiente seguridad el ámbito de lo prohibido y las consecuencias de sus acciones⁶⁰. Pero tampoco cabe duda, según la Jurisprudencia Internacional, de la inclusión del mandato de taxatividad en los textos de aquél carácter; así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Baskaya y Okçuoglu contra Turquía*, Sentencia de 8 de julio de 1999, ha afirmado: «la Ley debe definir claramente las infracciones y las sanciones que reprimen. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición aplicable y, si es preciso, con la ayuda de su interpretación por los Tribunales, qué actos y omisiones conllevan su responsabilidad penal»⁶¹. Esta doctrina, en idénticos

⁵⁹ Véanse, entre otras muchas, SSTC 24/2004, de 24 de febrero, y 142/1999, de 22 de julio; ATC 89/2006, de 27 de marzo.

⁶⁰ Véanse, entre otras, SSTC 242/2005, de 10 de octubre; 24/2004, de 24 de febrero; 113/2003, de 9 de mayo; 151/1997, de 29 de septiembre; 53/1994, de 24 de febrero, y 26/1994, de 27 de enero.

⁶¹ Véanse en el mismo sentido STEDH de 10 de octubre de 2006 (caso *Pessino contra Francia*): «De ello se deriva que la Ley debe definir claramente las infracciones y las sanciones que las reprimen. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición aplicable y, si fuera preciso, con ayuda de su interpretación por parte de los tribunales, qué actos y omisiones le hacen penalmente responsable»; asimismo SSTEDH de 29 de marzo de 2006 (caso *Achour contra Francia*) y 15 de noviembre de 1996 (caso *Cantoni contra Francia*).

términos a los expuestos en la Sentencia acabada de reflejar, es acogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁶², o por otros tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³. ¿Por qué, entonces, esa exigencia de «expresa prohibición» contenida en el texto de Ginebra sobre prisioneros de guerra? ¿Acaso la debilidad de la situación del prisionero de guerra en manos del beligerante contrario, aconsejaba una mayor insistencia en la exigencia de vinculación a la legalidad? Pero ¿qué diferencia existe, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, entre la posición del prisionero de guerra y la de cualquier acusado de un crimen? ¿Es que no deben tener idénticas garantías penales⁶⁴?

El problema, sin embargo, más general descende del reproducido artículo 7.2⁶⁵ del Convenio Europeo y de los textos similares a este —lo que afecta también, como se verá, al Estatuto del Tribunal Penal Internacional; es decir: de esa alegación a «los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Pues bien, es evidente que con la introducción de una cláusula semejante el Principio de Legalidad, tal y como se articula por el Derecho Penal continental, resulta radicalmente vulnerado tanto en su expresión formal⁶⁶ (pues incluye no sólo fuentes convencionales y costumbre, lo

⁶² Véase, entre otras, Sentencia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*; también Sentencia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 1996.

⁶³ Véanse, entre otras, Sentencias de 30 de mayo de 1999 (caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*), y 25 de noviembre de 2005 (caso *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú*). Véase también la *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al Ejercicio de 2005, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la Organización de los Estados Americanos* (Washington DC, 10 de marzo de 2006), p. 12.

⁶⁴ Insisto en lo de «penales»; es decir, «sustantivas», pues no sería disparatado, antes al contrario, entender que en el supuesto de los prisioneros de guerra deben exigirse mayores garantías procesales, precisamente por la mayor indefensión que su situación comporta al hallarse privado de libertad y en manos del «enemigo».

⁶⁵ Ello al margen de las opiniones según las cuales el n.º 2 de este artículo 7 sobraría, pues interpretan que la alusión al Derecho Internacional que se efectúa en el núm. 1 ya comprendería la materia que se incluye en el n.º 2.

⁶⁶ Por supuesto que no desconozco que el contexto histórico en el que se aprobó esta norma, como indica LANDA GOROSTIZA («Artículo 7. No hay pena sin Ley», en LASAGABASTER HERRARTE, I., et al., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, 2004, p. 242 y nota 74), estuvo influido por «la voluntad de perseguir y hacer comparecer ante la justicia a criminales de guerra y contra la humanidad que podían intentar justificar sus delitos al abrigo del régimen injusto vigente al tiempo de comisión. La referencia al Derecho Internacional y, más concretamente, a los Principios Generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas perseguiría así, habida cuenta de la experiencia de los Tribunales de Núrnberg y Tokio, salvar la prohibición de retroactividad en aras de la justicia material ante crímenes de la máxima gravedad», y todo ello «Sobre la conocida fórmula de Radbruch relativa a la primacía de los principios elementales de justicia frente a leyes positivas (injustas) en contradicción crasa, manifiesta e intolerable con los primeros».

que ya sería suficiente para entender consagrada la vulneración del Principio de Legalidad, sino también los principios generales) como en lo que importa a la taxatividad⁶⁷ (pues ninguna determinación previa de la conducta punible puede esperarse con unas fuentes como las indicadas). El panorama se agrava todavía más, como ha significado Huerta Tocildo⁶⁸, a la vista del papel que el Tribunal Europeo reconoce a la Jurisprudencia; y cita la autora el caso *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*⁶⁹ en donde se afirma:

[...] está sólidamente establecido en la tradición jurídica [...] de los [...] Estados partes del Convenio que la Jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho Penal. No se podría interpretar el

Este fue el contexto, o por mejor decir la concepción que los autores del Convenio tenían del contexto, porque, en realidad, y como ya manifesté hace algunos años —acogiendo construcciones realizadas por GONZÁLEZ VICEN especialmente en su trabajo «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, 1979, especialmente pp. 200 ss.— no puede sostenerse con rigor que «el positivismo», como mantuviera RADBRUCH, estuviera en el origen de todos los males jurídicos en el Estado nacional socialista alemán.

⁶⁷ Tanto es así que, incluso —y como señala LANDA GOROSTIZA en la obra últ. cit, p. 243—, la, entonces, República Federal Alemana formuló Reserva en la ratificación del Convenio, vinculando la interpretación de ese artículo 7.2 al contenido del artículo 103.2 de la Ley Fundamental («Sólo podrá sancionarse una conducta cuando su carácter sancionable estuviera legalmente determinado con anterioridad al momento en que se realizó»). De todas formas esta Reserva, continúa diciendo LANDA GOROSTIZA, «antes que una restricción más bien ha operado en un sentido de refuerzo de las obligaciones de Alemania frente al CEDH hasta el punto de que puede considerarse perfectamente prescindible»; seguramente en ello ha incidido, entiendo, el enunciado del artículo 25 de la Ley Fundamental: «Las normas generales del Derecho Internacional forman parte del Derecho Federal. Tales normas tienen primacía sobre las leyes y generan inmediatamente derechos y obligaciones para los residentes en el territorio federal» (sobre el lugar del Derecho Internacional en el Ordenamiento alemán, véase BÜLOW, E., «La legislación», en BENDA, *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. ANTONIO LÓPEZ PINA, Madrid, 1996, pp. 734 ss.).

Debe, en todo caso, tenerse en cuenta que la llamada a la taxatividad en la formulación de los tipos penales, es un reclamo, en el ámbito nacional, a la defensa del Estado democrático en primer lugar, a la correspondiente delimitación de competencias en el ámbito legislativo, a la opción por la —como apuntaba más atrás en relación con la pena— vinculación a la norma y no al poder personal del Juez —es decir, se trata de una apuesta por la «modernidad»—, a la prohibición de retroactividad —con unos tipos mal definidos la retroactividad puede disfrazarse de interpretación—, etc. Pero en el ámbito del Derecho Internacional adquiere, también, una singular importancia; mayor aún, si cabe, que en el espacio nacional. Ello es así, precisamente, por la falta de un poder indubitado que pueda imponer autoritariamente normas a todos los posibles destinatarios de las mismas, lo que desemboca en un menor control sobre la aplicación de la legislación; lo que lleva como corolario un incremento del poder personal del aplicador de la norma.

⁶⁸ «El contenido debilitado del principio europeo de legalidad penal (art. 7 CEDH y art. 4 P7)», en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, p. 476.

⁶⁹ Sentencia de la Gran Sala de 22 de marzo de 2001.

artículo 7 del Convenio como proscribiendo la clarificación gradual de las normas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un asunto a otro, a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia de la infracción y razonablemente previsible.

En este caso el Tribunal no se limita a subrayar la importancia de la Jurisprudencia en la aplicación del Derecho, tal y como había hecho en ocasiones anteriores⁷⁰, sino a constituir a los tribunales en verdadera fuente del Derecho. Lo que, obviamente, lleva como consecuencia el abandono del Principio de Legalidad en su vertiente formal, y echa por la borda cualquier tentativa de hablar de taxatividad (seguridad jurídica); y lo que es más importante: el Principio Democrático en la creación del Derecho queda definitivamente arrumbado⁷¹.

La cuestión, así, sería la siguiente: ¿Deben los Derechos Fundamentales capitular ante las «peculiaridades» del Derecho Penal Internacional, ya sea en referencia al sistema de fuentes⁷² o al de garantías? Es decir, ¿debemos aceptar un Derecho Penal de «dos velocidades», una en el ámbito internacional —anclado en el Derecho anterior al Estado liberal— y otra en el nacional —con todas las garantías propias del vigente Estado democrático? No, ob-

⁷⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia de 24 de abril de 1990 (caso *Huvig contra Francia*), en la que afirmó:

El Tribunal, en relación con el apartado 2 del artículo 8 del Convenio y con otros preceptos análogos ha entendido siempre el término «ley» en su sentido material y no «formal» y ha incluido en él, al mismo tiempo, las disposiciones de rango inferior al legislativo (véase, especialmente, la Sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 junio 1971, serie A, n.º 12, p. 45, ap. 93) y el «Derecho no escrito». Ciertamente las Sentencias en los casos *Sunday Times*, *Dudgeon* y *Chappell* se referían al Reino Unido; pero sería un error exagerar la diferencia entre países de Common Law y continentales, como con razón lo subraya el Gobierno. La ley escrita (*statute law*) tiene también su importancia en los primeros. Y a la inversa, la jurisprudencia desempeña tradicionalmente un papel destacado en los segundos, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los Jueces y Tribunales. Por lo demás, así lo ha tenido en cuenta el Tribunal en más de una ocasión para estos países (véanse, entre otras, las Sentencias Müller y otros de 24 mayo 1988, serie A, n.º 133, p. 20, ap. 29; Salabiaku de 7 octubre 1988, serie A, n.º 141, pp. 16 y 17, ap. 29; y Markt Intern Verlag GmbH y Klass Beermann, de 20 de noviembre de 1989, serie A, n.º 165, pp. 18 y 19, ap. 30). Si el Tribunal hubiera prescindido de la jurisprudencia habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales» casi tanto como lo habrían hecho su fallo en el caso *Sunday Times* de 26 abril 1979, con el del Reino Unido si hubiera excluido el *common law* del concepto de «ley» (Serie A, n.º 30, p. 30, ap. 47). En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los Tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica.

⁷¹ Por otra parte hay que tener en cuenta que esta consagración de la Jurisprudencia como fuente del Derecho abre a la discusión múltiples cuestiones, como las relacionadas con la retroactividad. A ese respecto véase HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, pp. 476 ss.

⁷² Esta es la opinión de, entre otros, AMBOS, K., «La construcción de una parte general del Derecho Penal Internacional», en *Revista Penal*, n.º 17, enero, 2006, pp. 6 ss.

viamente no puede aceptarse semejante planteamiento; pero ni siquiera «limitadamente»; es decir, el «concepto amplio» de lo que deba entenderse por «determinación» del hecho ilícito⁷³ tampoco es asumible. En efecto, de la misma manera que, como apuntara hace ya un siglo *Düguitt*⁷⁴, no resulta de recibo limitar la vigencia de los derechos a los propios nacionales, tampoco lo es admitir una «revuelta general» de los Estados frente a los Derechos Fundamentales de la persona, y menos en un momento histórico en el que, pareciera, el «viaje» que se está llevando a efecto, o que debiera llevarse a cabo, es el contrario: la extensión de los derechos más elementales a todas las personas con independencia de su nacionalidad, condición, etc.; y uno de esos «derechos» elementales es el de Legalidad Penal, pues es el que mejor blindo frente al ejercicio arbitrario del poder en el ámbito penal⁷⁵; tampoco, evidentemente, desde el prisma de nuestro particular Ordenamiento Jurídico es admisible semejante quiebra del Principio de Legalidad, pues supone una contradicción frontal con el texto constitucional que, a mi entender y en materia de Derechos Fundamentales, sólo admite ampliaciones pero no restricciones.

⁷³ Véase SÜSS, F., «El trato actual del mandato de determinación», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, pp. 226 ss.

⁷⁴ *Soberanía y libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New-York)*, trad. JOSÉ G. ACUÑA, Madrid, 1924, *passim*.

⁷⁵ GIL GIL (*Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999, p. 72), en su magnífica monografía, se ha pronunciado con especial contundencia y claridad: «el Principio de Legalidad debe ser respetado en el Derecho Penal Internacional, igual que en los Derechos nacionales, como exigencia de la seguridad jurídica, como garantía contra el abuso y la arbitrariedad que podrían transformar la justicia penal en un instrumento de opresión o de venganza y como expresión de la igualdad ante la ley».